

# FUNDAMENTOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO\*

**LUÍS ROBERTO BARROSO**

*Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Mestre em Direito pela Yale Law School. Advogado no Rio de Janeiro.*

## CAPÍTULO I - PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA

**I. A Pós-modernidade e o Direito**<sup>1</sup>. Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre luz e sombra, descortina-se a *pós-modernidade*. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente *pós-tudo*: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana<sup>2</sup>.

\* Tema da palestra proferida na EMERJ/Conselho de Vitaliciamento do TJ/RJ por ocasião do Seminário “Direito Constitucional”, realizado em 24.06.01.

<sup>1</sup> Zygmunt Bauman, **A globalização: as consequências humanas**, 1999; Ignacio Ramonet, “O pensamento único e os regimes globalitários”, in **Globalização: o fato e o mito**, 1998; André-Jean Arnaud, **O direito entre modernidade e globalização**, 1999; Boaventura de Souza Santos, “Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma concepção pós-moderna do direito”, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 1996; José Eduardo Faria, “Globalização, autonomia decisória e política”, in Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), **1988-1998: uma década de Constituição**, 1999; Daniel Sarmento, “Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional”, **Revista de Direito Administrativo**, 215/19, 1999; Marilena Chaui, “Público, privado, despotismo”, in Adauto Novaes (org.), **Ética**, 1992; Antônio Junqueira de Azevedo, “O direito pós-moderno e a codificação”, in **Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**, v. I, 2000; Wilson Ramos Filho, “Direito pós-moderno: caos criativo e neoliberalismo”, in **Direito e neoliberalismo**, 1996; Ted Honderich (editor), **The Oxford Companion to Philosophy**, 1995; Nicola Abbagnano, **Dicionário de filosofia**, 1998; Norbert Reich, “Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica)”, **Revista de Direito Público**, 94/265.

<sup>2</sup> Cláudia Lima Marques, “A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa”, in **Cidadania e Justiça**, n. 6, 1999: “(Pós-modernidade) é uma tentativa de descre-

Brasil. 2001. Ano 13 da Constituição de 1988. Sem superstições. O constitucionalismo vive um momento sem precedentes, de vertiginosa ascensão científica e política. O estudo que se vai desenvolver procura investigar os antecedentes teóricos e filosóficos desse novo direito constitucional, identificar seus principais adversários e acenar com algumas idéias para o presente e para o futuro. Antes de avançar, traçam-se algumas notas introdutórias para situar o leitor. A interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que se denomina de *pré-compreensão*<sup>3</sup>.

A paisagem é complexa e fragmentada. No plano *internacional*, vive-se a decadência do conceito tradicional de soberania. As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos, à intensificação do movimento de pessoas e mercadorias e, mais recentemente, ao fetiche da circulação de capitais. A globalização, como conceito e como símbolo, é a manchete que anuncia a chegada do novo século. A desigualdade ofusca as conquistas da civilização e é potencializada por uma ordem mundial fundada no desequilíbrio das relações de poder político e econômico e no controle absoluto, pelo países ricos, dos órgãos multilaterais de finanças e comércio.

No campo *econômico e social*, tem-se assistido ao avanço vertiginoso da ciência e da tecnologia, com a expansão dos domínios da informática e da rede mundial de computadores e com as promessas e questionamentos

---

ver o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado”.

<sup>3</sup>. Sobre o tema da *pré-compreensão*, vejam-se Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, 1997, pp. 285 ss.; e Konrad Hesse, **Escritos de derecho constitucional**, 1983, p. 44: “*El intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto cuasi arquimédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformado sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios*”.

éticos da engenharia genética<sup>4</sup>. A obsessão da eficiência tem elevado a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque não podem ser. O Estado já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, e abandonou o discurso igualitário ou emancipatório. O desemprego, o sub-emprego e a informalidade tornam as ruas lugares tristes e inseguros.

Na *política*, consuma-se a desconstrução do Estado tradicional, duramente questionado na sua capacidade de agente do progresso e da justiça social. As causas se acumularam impressentidas, uma conspiração: a onda conservadora nos Estados Unidos (Reagan, Bush) e na Europa (Thatcher) na década de 80; o colapso da experiência socialista, um sonho desfeito em autoritarismo, burocracia e pobreza; e o fiasco das ditaduras sul-americanas, com seu modelo estatizante e violento, devastado pelo insucesso e pela crise social. Quando a noite baixou, o espaço privado invadira o espaço público, o público dissociara-se do estatal e a desestatização virara um dogma. O Estado passou a ser o guardião do lucro e da competitividade.

No *direito*, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, *delegificação*, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*<sup>5</sup>. A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais,

---

<sup>4</sup>. Sobre esta temática, veja-se Vicente de Paulo Barretto, “Bioética, biodireito e direitos humanos”, in Ricardo Lobo Torres (org.), **Teoria dos direitos fundamentais**, 1999; Luiz Edson Fachin, “Bioética e tecnologia”, in **Elementos críticos de direito de família**, 1999; Maria Helena Diniz, **O estado atual do biodireito**, 2001; e Heloísa Helena Barboza e Vicente de Paula Barretto (orgs.), **Temas de biodireito e bioética**, 2001, onde se averbou: “As técnicas de reprodução humana assistida, o mapeamento do genoma, o prolongamento da vida mediante transplantes, as técnicas para alteração do sexo, a clonagem e a engenharia genética descortinam de forma acelerada um cenário desconhecido e imprevisível, no qual o ser humano é simultaneamente ator e espectador” (Heloísa Helena Barboza, **Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos**, p. 2).

<sup>5</sup>. Como o comércio internacional não tem fronteiras, tende a ser regulado por regras de fontes não nacionais, denominadas *lex mercatoria*, que consagram o primado dos usos no comércio internacional e se materializam também por meio dos contratos e cláusulas-tipo, jurisprudência arbitral, regulamentações profissionais elaboradas por suas associações representativas e princípios gerais comuns às legislações dos países.

como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discrição judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.

Seria possível seguir adiante, indefinidamente, identificando outras singularidades dos tempos atuais. Mas o objeto específico do presente estudo, assim como circunstâncias de tempo e de espaço, recomendam não prosseguir com a apresentação analítica das complexidades e perplexidades desse início de era. Cumpre dar desfecho a este tópico<sup>6</sup>.

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.

**II. A Busca da Razão Possível<sup>7</sup>.** Os gregos inventaram a idéia ocidental de *razão* como um pensamento que segue princípios e regras de valor universal. Ela é o traço distintivo da condição humana, juntamente

<sup>6</sup> Nada obstante, não resisto à transcrição de trecho de José Carlos Barbosa Moreira acerca da influência da globalização sobre a cultura e a linguagem no Brasil (“A subserviência cultural”, in **Temas de direito processual**, Sétima Série, 2001): “Às vezes me assalta a tentação de dizer, à guisa de imagem, que a língua portuguesa, entre nós, está sendo repetidamente estuprada. A imagem, contudo, não é boa: o estupro importa violência do sujeito ativo sobre o passivo. Ora, não costuma partir dos norte-americanos, que se saiba, pressão alguma no sentido de batizarmos com nomes ingleses condomínios e clínicas, nem de exclamarmos ‘uau’ quando nos sentimos agradavelmente surpreendidos. O que se passa é que muitos gostam de entregar-se ainda na ausência de qualquer compulsão. Isso acontece com o corpo, e já é algo lamentável. Mas também acontece com a alma, e aí só se pode falar de desgraça”.

<sup>7</sup> Marilena Chaui, **Convite à filosofia**, 1999; Giorgio Del Vecchio, **Filosofia del derecho**, 1997; Miguel Reale, **Filosofia do Direito**, 2000; Gustav Radbruch, **Filosofia do direito**, 1997; Maria Lúcia de Arruda Aranha e Maria Helena Pires Martins, **Filosofando: introdução à filosofia**, 1986; H. Japiassu, **O mito da neutralidade científica**, 1975; Sigmund Freud, **Pensamento vivo**, 1985; John Rickman (editor), **A general selection from the works of Sigmund Freud**, 1989; Maria Rita Kehl, “A psicanálise e o domínio das paixões”, in Adauto Novaes (org.), **Os sentidos da paixão**, 1991; Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 1979; Bruce Ackerman, **The rise of world constitutionalism**, 1997; Charles van Doren, **A history of knowlegde**, 1991.

com a capacidade de acumular conhecimento e transmiti-lo pela linguagem. Traz em si a superação dos mitos, dos preconceitos, das aparências, das opiniões sem fundamento. Representa, também, a percepção do outro, do próximo, em sua humanidade e direitos. Idealmente, a razão é o caminho da justiça, o domínio da inteligência sobre os instintos, interesses e paixões.

Sem enveredar por um debate filosófico feito de sutilezas e complexidades, a verdade é que a crença iluminista no poder quase absoluto da razão tem sido intensamente revisitada e terá sofrido pelo menos dois grandes abalos. O primeiro, ainda no século XIX, provocado por Marx, e o segundo, já no século XX, causado por Freud. Marx, no desenvolvimento do conceito essencial à sua teoria – o *materialismo histórico* – assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição social do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica. Vale dizer: a razão não é fruto de um exercício da liberdade de ser, pensar e criar, mas prisioneira da **ideologia**, um conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento, independentemente da vontade.

O segundo abalo veio com Freud. Em passagem clássica, ele identifica três momentos nos quais o homem teria sofrido duros golpes na percepção de si mesmo e do mundo à sua volta, todos desferidos pela mão da ciência. Inicialmente com Copérnico e a revelação de que a Terra não era o centro do universo, mas um minúsculo fragmento de um sistema cósmico de vastidão inimaginável. O segundo com Darwin, que através da pesquisa biológica destruiu o suposto lugar privilegiado que o homem ocuparia no âmbito da criação e provou sua incontestável natureza animal. O último desses golpes – que é o que aqui se deseja enfatizar – veio com o próprio Freud: a descoberta de que o homem não é senhor absoluto sequer da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o **inconsciente**<sup>8/9</sup>.

---

<sup>8</sup>. Sigmund Freud, **Pensamento vivo**, 1985, p. 59: “Mas a megalomania humana terá sofrido o seu terceiro e mais contundente golpe da parte da pesquisa psicológica atual, que procura provar ao ego que nem mesmo em sua própria casa é ele quem dá as ordens, mas que deve contentar-se com as escassas informações do que se passa inconscientemente em sua mente”.

<sup>9</sup>. Em uma crônica densa e espirituosa (“A quarta virada”, **Revista de Domingo, Jornal do Brasil**), após comentar as transformações advindas com Copérnico, Darwin e Freud, escreveu

É possível, aqui, enunciar uma conclusão parcial: os processos políticos, sociais e psíquicos movem-se por caminhos muitas vezes ocultos e imperceptíveis racionalmente. Os estudos de ambos os pensadores acima – sem embargo de amplamente questionados ao longo e, especialmente, ao final do século XX – operaram uma mudança profunda na compreensão do mundo. Admita-se, assim, que a razão divida o palco da existência humana pelo menos com esses dois outros (f)atores: a ideologia e o inconsciente. O esforço para superar cada um deles, pela autocrítica e pelo autoconhecimento, não é vão, mas é limitado. Nem por isso a razão se torna menos importante. A despeito de seus eventuais limites, ela conserva dois conteúdos de especial valia para o espírito humano: (i) o *ideal de conhecimento*, a busca do sentido para a realidade, para o mundo natural e cultural e para as pessoas, suas ações e obras; (ii) o *potencial da transformação*, o instrumento crítico para compreender as condições em que vivem os seres humanos e a energia para interferir na realidade, alterando-a quando necessário<sup>10</sup>.

As reflexões acima incidem diretamente sobre dois conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico: a neutralidade e a objetividade. Ao menos no domínio das ciências humanas e, especialmente no campo do Direito, a realização plena de qualquer um deles é impossível. A *neutralidade*, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). E, assim, sua

---

Luís Fernando Veríssimo: “Mas houve outra virada no pensamento humano. A de Marx, que nos permitiu pensar num homem predestinado, não pelas estrelas ou pelos seus instintos, mas pela história. Mesmo sem a orientação divina, estaríamos destinados a ser justos, pois a história, no fim, é moral. Em vez da escatologia cristã, Marx propôs uma redenção final cientificamente inescapável, e, se ninguém mais acredita em materialismo histórico na prática, a compulsão solidária persiste, como uma fé religiosa que o desmentido dos fatos só reforça. Talvez porque seja a fé secular que reste para muita gente. Ficamos órfãos de todas as melhores ilusões a nosso respeito (inclusive as marxistas) e nem assim nos resignamos à idéia de que aquilo que vemos no espelho é apenas um bípede egoísta, em breve e descompromissada passagem por um dos planetas menores. Quando esta fé acabar, aí sim estaremos prontos para os magos e as seitas. Tenho ouvido falar numa que adora a Alcachofra Mística e ainda ensina como aplicar na bolsa. Vou investigar”.

<sup>10</sup>. Marilena Chauí, **Convite à filosofia**, 1999, pp. 85-7.

atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas.

A *objetividade* se realizaria na existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, independentemente do ponto de observação e da vontade do observador. O certo, contudo, é que o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade. Todos os objetos estão sujeitos à *interpretação*. Isto é especialmente válido para o Direito, cuja matéria prima é feita de normas, palavras, significantes e significados. A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.

Tais possibilidades interpretativas podem decorrer, por exemplo, (i) da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, (ii) da pluralidade de significados das palavras ou (iii) da existência de normas contrapostas, exigindo a ponderação de interesses à vista do caso concreto. Daí a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma preexistente –, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam<sup>11</sup>. O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão

---

<sup>11</sup>. Tal conclusão tem a adesão do próprio Hans Kelsen, que tentou desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, considerando que o problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora da teoria do direito. Em sua celebrada **Teoria pura do direito** – uma das obras de maior significação no século que se encerrou – escreveu ele (4ª ed., trad. João Baptista Machado, Armênio Amado, Coimbra, 1979, pp. 466-70): “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada) e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. (...) A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito. (...) Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”.

orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação.

O constitucionalismo chega vitorioso ao início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático<sup>12</sup>. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) *legitimidade* – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) *limitação do poder* – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) *valores* – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.

Antes de encerrar este tópico, é de proveito confrontar estas idéias – reconfortantes e apaziguadoras – com o mundo real à volta, com a história e seus descaminhos. A injustiça passeia impunemente pelas ruas; a violência social e institucional é o símbolo das grandes cidades; a desigualdade entre pessoas e países salta entre os continentes; a intolerância política, racial, tribal, religiosa povoa ambos os hemisférios. Nada assegura que as conclusões alinhavadas nos parágrafos acima sejam produto inequívoco de um conhecimento racional. Podem expressar apenas a ideologia ou o desejo. Um esforço de estabilização, segurança e paz onde talvez preferissem luta os dois terços da população mundial sem acesso ao frutos do progresso, ao consumo e mesmo à alimentação.

A crença na Constituição e no constitucionalismo não deixa de ser uma espécie de fé: exige que se acredite em coisas que não são direta e imediatamente apreendidas pelos sentidos. Como nas religiões semíticas – judaísmo, cristianismo e islamismo –, tem seu marco zero, seus profetas e acena com o paraíso: vida civilizada, justiça e talvez até felicidade. Como se percebe, o projeto da modernidade não se consumou. Por isso não pode

<sup>12</sup> V. Luís Roberto Barroso, “Doze anos da Constituição brasileira de 1988”, in **Temas de Direito Constitucional**, 2001: “O *constitucionalismo* tem se mostrado como a melhor opção de limitação do poder, respeito aos direitos e promoção do progresso. Nada parecido com o *fim da história*, porque valorizar e prestigiar a Constituição não suprime a questão política de definir o que vai dentro dela. Mas o fato é que as outras vias de institucionalização do poder praticadas ao longo do tempo não se provaram mais atraentes”. Vejam-se algumas outras propostas que tiveram relevância ao longo do século. O marxismo-leninismo colocava no centro do sistema, não a Constituição, mas o Partido. O militarismo anti-comunista gravitava em torno das Forças Armadas. O fundamentalismo islâmico tem como peça central o Corão. Nenhuma dessas propostas foi mais bem sucedida.



ceder passagem. Não no direito constitucional. A pós-modernidade, na porção em que apreendida pelo pensamento neoliberal, é descrente do constitucionalismo em geral, e o vê como um entrave ao desmonte do Estado social<sup>13</sup>. Nesses tempos de tantas variações esotéricas, se lhe fosse dada a escolha, provavelmente substituiria a Constituição por um mapa astral.

## **CAPÍTULO II - ALGUMAS BASES TEÓRICAS**

**I. A Dogmática Jurídica Tradicional e sua Superação<sup>14</sup>.** O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social. A família jurídica romano-germânica surge e desenvolve-se em torno das relações privadas, com o direito civil no centro do sistema. Seus institutos, conceitos e idéias fizeram a história de povos diversos e atravessaram os tempos. O Estado moderno surge no século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e fundado no direito divino dos reis. Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria prima das revoluções francesa e americana. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com *status* e ambição de ciência.

Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-

---

<sup>13</sup>. José Eduardo Faria, in Prefácio ao livro de Gisele Cittadino, **Pluralismo, direito e justiça distributiva**, 1999: “No limiar do século XXI, contudo, a idéia de constituição cada vez mais é apontada como entrave ao funcionamento do mercado, como freio da competitividade dos agentes econômicos e como obstáculo à expansão da economia”. Insere-se nessa discussão a idéia de Constituição meramente procedimental, que estabeleceria apenas as regras do processo político, sem fazer opções por valores ideologicamente engajados. Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2001, p. 20.

<sup>14</sup>. Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 1979; Norberto Bobbio, **Teoria do ordenamento jurídico**, 1990; Karl Engisch, **Introdução ao pensamento jurídico**, 1996; Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, 1997; René David, **Os grandes sistemas jurídicos**, 1978; Miguel Reale, **Lições preliminares de direito**, 1990; Claus-Wilhelm Canaris, **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 1996; Tércio Sampaio Ferraz, **Função social da dogmática jurídica**, 1998; José Reinaldo de Lima Lopes, **O direito na história**, 2000; José de Oliveira Ascensão, **O direito: introdução e teoria geral**, 1993.

suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separada da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”<sup>15</sup> – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo. Em síntese simplificadora, estas algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de muitas gerações: o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade.

Ou talvez não seja bem assim.

**II. A Teoria Crítica do Direito**<sup>16</sup>. Sob a designação genérica de teoria crítica do direito, abriga-se um conjunto de movimentos e de idéias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. Funda-se na constatação de que o Direito não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atuação do sujeito, seja o legislador, o juiz ou o jurista. Este engajamento entre sujeito e objeto compromete a pretensão científica do Direito e, como consequência, seu ideal de objetividade, de um conhecimento que não seja contaminado por opiniões, preferências, interesses e preconceitos.

<sup>15</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI, chap. 6, 1748. No texto em português (*O espírito das leis*, Saraiva, 1987, p. 176): “Mas os Juizes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”.

<sup>16</sup> Marx e Engels, *Obras escolhidas*, 2 vs., 1961; Luiz Fernando Coelho, *Teoria crítica do direito*, 1991; Óscar Correias, *Crítica da ideologia jurídica*, 1995; Michel Mialle, *Introdução crítica ao direito*, 1989; Luis Alberto Warat, *Introdução geral ao direito*, 2 vs., 1994-5; Plauto Faraco de Azevedo, *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, 1989; Antonio Carlos Wolkmer, *Introdução ao pensamento crítico*, 1995; Luis Alberto Warat, “O outro lado da dogmática jurídica”, in Leonel Severo da Rocha (org.), *Teoria do direito e do Estado*,

A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. A teoria crítica preconiza, ainda, a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação<sup>17</sup>.

Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da positivação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei. A teoria crítica resiste, também, à idéia de completude, de auto-suficiência e de *pureza*, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito)<sup>18</sup>. A interdisciplinariedade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a lingüística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.

---

1994; Robert Hayman e Nancy Levit, **Jurisprudence: contemporary readings, problems, and narratives**, 1994; Enrique Marí et al., **Materiales para una teoria critica del derecho**, 1991; Carlos María Cárcova, **A opacidade do direito**, 1998; Óscar Correias, “El neoliberalismo en el imaginario jurídico”, in **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**, 1996; Clèmerson Merlin Clève, “A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)”, in **Direito Alternativo – Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito**, Instituto dos Advogados Brasileiros, 1993; Luiz Edson Fachin, **Teoria crítica do direito civil**, 2000; Paulo Ricardo Schier, **Filtragem constitucional**, 1999; Leonel Severo Rocha, “Da teoria do direito à teoria da sociedade”, in **Teoria do direito e do Estado**, 1994; Ted Honderich (editor), **The Oxford Companion to Philosophy**, 1995; Marilena Chaui, **Convite à filosofia**, 1999; Marcus Vinicius Martins Antunes, “Engels e o direito”, in **Fios de Ariadne: ensaios de interpretação marxista**, 1999.

<sup>17</sup> Proposição inspirada por uma passagem de Marx, na XI Tese sobre Feuerbach: “Os filósofos apenas interpretaram de diversos modos o mundo; o que importa é transformá-lo”.

<sup>18</sup> Elías Díaz, **Sociología y filosofía del derecho**, 1976, p. 54, *apud* Plauto Faraco de Azevedo, **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**, 1989, p. 36.

O pensamento crítico teve expressão na produção acadêmica de diversos países, notadamente nas décadas de 70 e 80. Na França, a *Critique du Droit*, influenciada por Althusser, procurou atribuir caráter científico ao Direito, mas uma ciência de base marxista, que seria a única ciência verdadeira<sup>19</sup>. Nos Estados Unidos, os *Critical Legal Studies*, também sob influência marxista – embora menos explícita –, difundiram os fundamentos de sua crença de que *law is politics*, convocando os operadores jurídicos a recompor a ordem legal e social com base em princípios humanísticos e comunitários<sup>20</sup>. Anteriormente, na Alemanha, a denominada Escola de Frankfurt lançara algumas das bases da teoria crítica, questionando o postulado positivista da separação entre ciência e ética, completando a elaboração de duas categorias nucleares – a ideologia e a práxis<sup>21</sup> –, bem como identificando a existência de duas modalidades de razão: a instrumental e a crítica<sup>22</sup>. A produção filosófica de pensadores como Horkheimer, Marcuse, Adorno e, mais recentemente, Jürgen Habermas, terão sido a principal influência pós-marxista da teoria crítica.

No Brasil, a teoria crítica do direito compartilhou dos mesmos fundamentos filosóficos que a inspiraram em sua matriz européia, tendo se manifestado em diferentes vertentes de pensamento: epistemológico, sociológico-

<sup>19</sup> Óscar Correias, *Crítica da ideologia jurídica*, 1995, pp. 126-32. Michel Miaile, *Introdução crítica ao direito*, 1989, p. 327: “Esta experiência crítica do direito abre campo a uma nova maneira de tratar o direito. (...) É o sentido profundo do marxismo, deslocar o terreno do conhecimento do real, oferecendo uma passagem libertadora: o trabalho teórico liberta e emancipa condições clássicas da investigação intelectual pelo fato decisivo de o pensamento marxista refletir, ao mesmo tempo, sobre as condições da sua existência e sobre as condições da sua interseção na vida social”.

<sup>20</sup> Robert L. Hayman e Nancy Levit, *Jurisprudence: contemporary readings, problems, and narratives*, 1994, p. 215. Uma das lideranças do movimento foi o professor de Harvard, de nacionalidade brasileira, Roberto Mangabeira Unger, que produziu um dos textos mais difundidos sobre esta corrente de pensamento: “*The critical legal studies movement*”, 1986. Para uma história do movimento, v. Mark Tushnet, “*Critical legal studies: a political history*”, **100 Yale Law Journal** 1515, 1991. Para uma crítica da teoria crítica, v. Owen Fiss, “*The death of the law*”, **72 Cornell Law Review** 1, 1986.

<sup>21</sup> Luiz Fernando Coelho, *Teoria crítica do direito*, 1991, p. 398: “As categorias críticas exurgidas dessa dialética são a práxis, que se manifesta como teoria crítica, como atividade produtiva e como ação política, e a ideologia, vista como processo de substituição do real pelo imaginário e de legitimação da ordem social real em função do imaginário”.

<sup>22</sup> Marilena Chaui, *Convite à filosofia*, 1999: “Os filósofos da Teoria Crítica consideram que existem, na verdade, duas modalidades da razão: a *razão instrumental* ou razão técnico-científica, que está a serviço da exploração e da dominação, da opressão e da violência, e a *razão crítica* ou filosófica, que reflete sobre as contradições e os conflitos sociais e políticos e se apresenta como uma força libertadora”.

co, semiológico<sup>23</sup>, psicanalítico<sup>24</sup> e teoria crítica da sociedade<sup>25</sup>. Todas elas tinham como ponto comum a denúncia do Direito como instância de poder e instrumento de dominação de classe, enfatizando o papel da ideologia na ocultação e legitimação dessas relações. O pensamento crítico no país alcançou vãos de qualidade e prestou inestimável contribuição científica. Mas não foi um sucesso de público.

Nem poderia ter sido diferente. O embate para ampliar o grau de conscientização dos operadores jurídicos foi desigual. Além da hegemonia quase absoluta da dogmática convencional – beneficiária da tradição e da inércia –, a teoria crítica conviveu, também, com um inimigo poderoso: a ditadura militar e seu arsenal de violência institucional, censura e dissimulação. A atitude filosófica em relação à ordem jurídica era afetada pela existência de uma *legalidade paralela* – dos atos institucionais e da segurança nacional – que, freqüentemente, desbordava para um Estado de fato. Não eram tempos amenos para o pensamento de esquerda e para o questionamento das estruturas de poder político e de opressão social.

Na visão de curto prazo, o trabalho de *desconstrução* desenvolvido pela teoria crítica, voltado para a desmistificação do conhecimento jurídico convencional, trouxe algumas *conseqüências problemáticas*<sup>26</sup>, dentre as quais: a) o abandono do Direito como espaço de atuação das forças progressistas; b) o desperdício das potencialidades interpretativas das normas em vigor. Disso resultou que o mundo jurídico tornou-se feudo do pensamento conservador ou, no mínimo, tradicional. E que não se exploraram as potencialidades da aplicação de normas de elevado cunho social, algumas inscritas na própria Constituição outorgada pelo regime militar.

Porém, dentro de uma visão histórica mais ampla, é impossível desconsiderar a influência decisiva que a teoria crítica teve no surgimento de uma geração menos dogmática, mais permeável a outros conhecimentos

23. Para um alentado estudo da interpretação jurídica sob esta perspectiva, v. Lenio Luiz Streck, **Hermenêutica jurídica em crise**, 1999.

24. Sobre esta temática, vejam-se dois trabalhos publicados na obra coletiva **Direito e neoliberalismo**, 1996: Agostinho Ramalho, “Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise”; Jacinto de Miranda Coutinho, “Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal”.

25. Luiz Fernando Coelho, ob. cit., pp. 396-7.

26. Paulo Schier, **Filtragem constitucional**, 1999, p. 34: “Essas teorias, de certa forma, acabaram por desencadear algumas conseqüências problemáticas, dentre as quais (...): (i) a impossibilidade de se vislumbrar a dogmática jurídica como instrumento de emancipação dos homens em sociedade e (ii) o esvaziamento da dignidade normativa da ordem jurídica”.

teóricos e sem os mesmos compromissos com o *status quo*. A teoria crítica deve ser vista, nesse início de século, na mesma perspectiva que a teoria marxista: apesar de seu refluxo na quadra atual, sobretudo após os eventos desencadeados a partir de 1989, conserva as honras de ter modificado e elevado o patamar do conhecimento convencional.

A redemocratização no Brasil impulsionou uma volta ao Direito<sup>27</sup>. É certo que já não se alimenta a crença de que a lei seja “a expressão da vontade geral institucionalizada”<sup>28</sup> e se reconhece que, freqüentemente, estará a serviço de interesses, e não da razão. Mas ainda assim, ela significa um avanço histórico: fruto do debate político, ela representa a despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política. O tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei<sup>29</sup>. É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível. A liberdade de que o pensamento intelectual desfruta hoje impõe compromissos tanto com a legalidade democrática como com a conscientização e a emancipação. Não há, no particular, nem incompatibilidade nem exclusão.

### CAPÍTULO III - ALGUMAS BASES FILOSÓFICAS<sup>30</sup>

**I. Ascensão e Decadência do Jusnaturalismo.** O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem

<sup>27</sup> Pessoalmente, fiz a travessia do pensamento crítico para a utilização construtiva da dogmática jurídica em um trabalho escrito em 1986 – “A efetividade das normas constitucionais (Por que não uma Constituição para valer?)”, apresentado no VIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Porto Alegre, 1987. Esse texto foi a base de minha tese de livre-docência, concluída em 1988, e que se converteu no livro **O direito constitucional e a efetividade de suas normas** (5ª edição, Ed. Renovar, 2001).

<sup>28</sup> **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, 1789, art. 6º: “A lei é a expressão da vontade geral institucionalizada”.

<sup>29</sup> Luis Alberto Warat, “O outro lado da dogmática jurídica”, in **Teoria do direito e do Estado** (org. Leonel Severo Rocha), 1994, pp. 83-5.

<sup>30</sup> Norberto Bobbio, **O positivismo jurídico**, 1995; Bobbio, Matteucci e Pasquino, **Dicionário de Política**, 1986; Nicola Abbagnano, **Dicionário de filosofia**, 1998; Giorgio Del Vecchio, **Filosofia del derecho**, 1991; José Reinaldo de Lima Lopes, **O direito na história**, 2000; Antonio M. Hespanha, **Panorama histórico da cultura jurídica européia**, 1977; Nelson Saldanha, **Filosofia do direito**, 1998; Paulo Nader, **Introdução ao estudo do direito**, 1995; Cicero, “Da república”, s.d.; René David, **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, 1978; Bertrand Russell, **História do pensamento ocidental**, 2001; Vladímir Tumánov, **O pensamento jurídico burguês contemporâneo**, 1984; Margarida Maria Lacombe Camargo, **Hermenêutica e argumentação**, 1999; Ana Paula de Barcellos, “As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais”, **Revista Forense**, 351/3.

acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica de influência marcante, o positivismo jurídico, que será examinado mais à frente.

O rótulo genérico do *jusnaturalismo* tem sido aplicado a fases históricas diversas e a conteúdos heterogêneos, que remontam à antiguidade clássica<sup>31</sup> e chegam aos dias de hoje, passando por densa e complexa elaboração ao longo da Idade Média<sup>32</sup>. A despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão. O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dogmatismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup>. O jusnaturalismo tem sua origem associada à cultura grega, onde Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária. Coube a Cícero sua divulgação em Roma, em passagem célebre de seu **De republica**, que teve forte influência no pensamento cristão e na doutrina medieval: “A razão reta, conforme a natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem (...). Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado (...). Não é uma lei em Roma e outra em Atenas, – uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar a si mesmo...” (Cícero, **Da república**, Ediouro, s.d., p. 100).

<sup>32</sup>. Santo Tomás de Aquino (1225-1274) desenvolveu o mais influente sistema filosófico e teológico da Idade Média, o tomismo, demarcando fronteiras entre a fé e a razão. Pregando ser a lei um ato de razão e não de vontade, distinguiu quatro espécies de leis: uma lei eterna, uma lei natural, uma lei positiva humana e uma lei positiva divina. Sua principal obra foi a **Summa teologica**. Sobre o contexto histórico de Tomás de Aquino, v. José Reinaldo de Lima Lopes, **O direito na história**, 2000, pp. 144 ss.

<sup>33</sup>. O surgimento do jusnaturalismo moderno é usualmente associado à doutrina de Hugo Grócio (1583-1645), exposta em sua obra clássica **De iure belli ac pacis**, de 1625, considerada, também, precursora do direito internacional. Ao difundir a idéia de direito natural como aquele que poderia ser reconhecido como válido por todos os povos, porque fundado na razão, Grócio desvincula-o “não só da vontade de Deus, como de sua própria existência”. Vejam-se: Bobbio, Matteucci e Pasquino, **Dicionário de política**, 1986, p. 657; e Ana Paula de Barcellos, “As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais”, **Revista Forense** 351/3, pp. 8-9.

A modernidade, que se iniciara no século XVI, com a Reforma protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus à América, desenvolve-se em um ambiente cultural não mais submisso à teologia cristã. Cresce o ideal de conhecimento, fundado na razão, e o de liberdade, no início de seu confronto com o absolutismo. O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao Iluminismo<sup>34</sup> na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado. A burguesia articula sua chegada ao poder.

A crença de que o homem possui *direitos naturais*, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser preservado e respeitado pelo próprio Estado, foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta. A Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)<sup>35</sup> e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776)<sup>36</sup>, estão impregnadas de idéias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke<sup>37</sup>, autor emblemático dessa corrente

---

<sup>34</sup> *Iluminismo* designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou o ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem a investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade. Ao propor a reorganização da sociedade com uma política centrada no homem, sobretudo no sentido de garantir-lhe a liberdade, a filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. Alguns nomes que merecem destaque na filosofia e na ciência política: Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau.

<sup>35</sup> O Preâmbulo da Declaração afirma que ela contém *os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem*, tendo o art. 2º a seguinte dicção: “Artigo 2º. O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

<sup>36</sup> Da Declaração, redigida por Thomas Jefferson, constam referências às *leis da natureza* e ao *Deus da natureza* e a seguinte passagem: “Sustentamos que estas verdades são evidentes, que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados por seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre eles estão a Vida, a Liberdade e a Busca da Felicidade”.

<sup>37</sup> Autor dos **Dois tratados sobre o governo civil**, 1689-90 e do **Ensaio sobre o entendimento humano**, 1690. Vejam-se John Locke, **Second treatise of government**, Indianapolis-Cambridge, Hacket Publishing Co, 1980; e John Locke, “Ensaio acerca do entendimento humano”, Coleção **Os Pensadores**, São Paulo, Nova Cultural, 1990.



filosófica e do pensamento contratualista, no qual foi antecedido por Hobbes<sup>38</sup> e sucedido por Rousseau<sup>39</sup>. Sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja *Revolução Gloriosa* foi concluída em 1689, o Estado liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade<sup>40</sup>. O constitucionalismo moderno inicia sua trajetória.

O jusnaturalismo racionalista esteve uma vez mais ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito, no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês – o Código de Napoleão –, que entrou em vigor em 1804. Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que agrupam e organizam sistematicamente as normas em torno de determinado objeto. Completada a revolução burguesa, o direito natural viu-se “domesticado e ensinado dogmaticamente”<sup>41</sup>. A técnica de codificação tende a promover a identificação entre direito e lei. A Escola da Exegese, por sua vez, irá impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra<sup>42</sup>.

O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a

---

<sup>38</sup>. Thomas Hobbes, **Leviathan**, Londres, Penguin Books, 1985 (a primeira edição da obra é de 1651). Há edição em português na Coleção **Os Pensadores**, São Paulo, Nova Cultural, 1999.

<sup>39</sup>. Jean-Jacques Rousseau, **O contrato social**, Edições de Ouro, s.d. (a primeira edição de **Du contrat social** é de 1762).

<sup>40</sup>. Em seu magnífico estudo **On revolution**, Londres, Penguin Books, 1987 (1ª edição em 1963), Hannah Arendt comenta o fato intrigante de que a foi a Revolução Francesa, e não a Inglesa ou a Americana, que correu mundo e simbolizou a divisão da história da humanidade em antes e depois. Escreveu ela: “A ‘Revolução Gloriosa’, evento pelo qual o termo (revolução), paradoxalmente, encontrou seu lugar definitivo na linguagem política e histórica, não foi vista como uma revolução, mas como uma restauração do poder monárquico aos seus direitos pretéritos e à sua glória. (...) Foi a Revolução Francesa e não a Americana que colocou fogo no mundo. (...) A triste verdade na matéria é que a Revolução Francesa, que terminou em desastre, entrou para a história do mundo, enquanto a Revolução Americana, com seu triunfante sucesso, permaneceu como um evento de importância pouco mais que local” (pp. 43, 55-6).

<sup>41</sup>. José Reinaldo de Lima Lopes, **O direito na história**, 2000, p. 188.

<sup>42</sup>. Sobre codificação, Escola da Exegese e *fetichismo da lei*, vejam-se: Gustavo Tepedino, “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”, in Gustavo Tepedino (org.), **Problemas de direito civil-constitucional**, 2000; Maria Celina Bodin de Moraes, “Constituição e direito civil: tendências”, in **Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados**, Rio de Janeiro, 1999.

vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica<sup>43</sup>. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos<sup>44</sup>. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.

**II. Ascensão e Decadência do Positivismo Jurídico.** O positivismo filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. O homem chegara à sua maioridade racional e tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O universo, conforme divulgado por Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem descobertas, e os métodos válidos nas ciências da natureza deviam ser estendidos às ciências sociais<sup>45</sup>.

As teses fundamentais do positivismo filosófico, em síntese simplificadoras, podem ser assim expressas:

---

<sup>43</sup> Bobbio, Matteucci e Pasquino, **Dicionário de política**, 1986, p. 659: “Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo”.

<sup>44</sup> Ana Paula de Barcellos, “As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais”, **Revista Forense** 351/3, p. 10: “Em fins do século XVIII e início do século XIX, com a instalação do Estado Liberal e todo o seu aparato jurídico (constituição escrita, igualdade formal, princípio da legalidade etc.), o *direito natural* conheceria seu momento áureo na história moderna do direito. As idéias desenvolvidas no âmbito da filosofia ocidental haviam se incorporado de uma forma sem precedentes à realidade jurídica. Talvez por isso mesmo, tendo absorvido os elementos propostos pela reflexão filosófica, o direito haja presumido demais de si mesmo, considerando que podia agora prescindir dela. De fato, curiosamente, a sequência histórica reservaria para o pensamento jusfilosófico não apenas um novo nome – filosofia do direito – como também mais de um século de ostracismo”.

<sup>45</sup> Em sentido amplo, o termo positivismo designa a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos. Em sentido estrito, identifica o pensamento de Auguste Comte, que em seu **Curso de filosofia positiva** (seis volumes escritos entre 1830 e 1842), desenvolveu a denominada *lei dos três estados*, segundo a qual o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: o teológico, o metafísico e ingressara no estágio positivo ou científico.

(i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração;

(ii) o conhecimento científico é objetivo. Funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos;

(iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma *ciência* jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade<sup>46</sup>. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.

O positivismo comportou algumas variações<sup>47</sup> e teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen<sup>48</sup>. Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico:

---

<sup>46</sup>. Norberto Bobbio, **Positivismo jurídico**, 1995, p. 135, onde se acrescenta: “A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente *objetivo* da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre *subjetivos* (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade”. Pouco mais à frente, o grande mestre italiano, defensor do que denominou de “positivismo moderado”, desenvolve a distinção, de matriz kelseniana, entre *validade* e *valor* do Direito.

<sup>47</sup>. Antonio M. Hespanha, **Panorama histórico da cultura jurídica européia**, 1977, pp. 174-5: “(...) As várias escolas entenderam de forma diversa o que fossem ‘coisas positivas’. Para uns, positiva era apenas a lei (positivismo legalista). Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo (positivismo histórico). Positivo era também o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade do século XIX (positivismo sociológico, naturalismo). Finalmente, para outros, positivos eram os conceitos jurídicos genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva (positivismo conceitual)”.

<sup>48</sup>. A obra-prima de Kelsen foi a **Teoria pura do direito**, cuja primeira edição data de 1934 – embora seus primeiros trabalhos remontassem a 1911 –, havendo sido publicada uma segunda edição em 1960, incorporando alguns conceitos novos.

- (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado;
- (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;
- (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção<sup>49</sup>, herdado do formalismo alemão.

O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência<sup>50</sup>. Com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica. A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade.

Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um *dever-ser* e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um *dado*, mas uma *criação*. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de realizar-se.

O positivismo pretendeu ser uma *teoria* do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em

---

<sup>49</sup>. A aplicação do Direito consistiria em um processo lógico-dedutivo de submissão à lei (premissa maior) da relação de fato (premissa menor), produzindo uma conclusão natural e óbvia, meramente declarada pelo intérprete, que não desempenharia qualquer papel criativo. Como visto anteriormente, esta concepção não tem a adesão de Hans Kelsen.

<sup>50</sup>. Vladímir Tumánov, **O pensamento jurídico burguês contemporâneo**, 1984, p. 141.

juízos de fato. Mas resultou sendo uma *ideologia*, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de *entender* o Direito, como também de *querer* o Direito<sup>51</sup>. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século<sup>52</sup>, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como um estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup>. Norberto Bobbio, **O positivismo jurídico**, 1995, p. 223-4. V. também Michael Löwy, **Ideologias e ciência social – elementos para uma análise marxista**, 1996, p. 40: “O positivismo, que se apresenta como ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, (...) acaba tendo uma função política e ideológica”.

<sup>52</sup>. Como por exemplo, a *jurisprudência dos interesses*, iniciada por Ihering, e o *movimento pelo direito livre*, no qual se destacou Ehrlich.

<sup>53</sup>. Sobre o tema, veja-se: Antônio Augusto Cançado Trindade, **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**, 1991; Ingo Wolfgang Sarlet, **A eficácia dos direitos fundamentais**, 1998; Flávia Piovesan, **Temas de direitos humanos**, 1998; Ricardo Lobo Torres (org.), **Teoria dos direitos fundamentais**, 1999; Willis Santiago Guerra Filho, **Processo constitucional e direitos fundamentais**, 1999; e Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, 2000.

**III. Pós-positivismo e a Normatividade dos Princípios**<sup>54</sup>. O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnava o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando a deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito<sup>55</sup>. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrá-

---

<sup>54</sup> Ronald Dworkin, **Taking rights seriously**, 1997; Robert Alexy, **Teoria de los derechos fundamentales**, 1997; J. J. Gomes Canotilho, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 1998; Paulo Bonavides, **Curso de direito constitucional**, 2000; Jürgen Habermas, **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, 1997; Jacob Dolinger, "Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts", **Recueil des Cours**, v. 283, pp. 203 ss, Hague Academy of International Law; Miguel Reale, **Filosofia do direito**, 2000; Nicola Abbagnano, **Dicionario de filosofia**, 1998; Paulo Nader, **Filosofia do direito**, 2000; Giorgio del Vecchio, **Filosofia del derecho**, 1997; Marilena Chaui, **Convite à filosofia**, 1999; Ricardo Lobo Torres, **O orçamento na Constituição**, 2000; Eros Roberto Grau, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 1996; Juarez de Freitas, "Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional", **Ajuris** 76/397; Ruy Samuel Espíndola, **Conceito de princípios constitucionais**, 1998; Daniel Sarmento, **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, 2000; Margarida Maria Lacombe Camargo, **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**, 1999; Oscar Vilhena Vieira, **A Constituição e sua reserva de justiça**, 1999; Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa, **A sindicabilidade dos direitos prestacionais à luz de conceitos-chave contemporâneos**, 2001; Ana Paula de Barcellos, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2001.

<sup>55</sup> Esse fenômeno é referido por autores alemães como "virada kantiana". V. a respeito, Ricardo Lobo Torres, em remissão a Otfried Höffe, **Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne (O orçamento na Constituição**, 1995, p. 90).

tico de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou jusnaturalistas, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de *respeito ao próximo*, princípio magno que atravessa os séculos e inspira um conjunto amplo de normas. Da filosofia grega origina-se o princípio da não-contradição, formulado por Aristóteles, que se tornou uma das leis fundamentais do pensamento: “Nada pode ser e não ser simultaneamente”, preceito subjacente à idéia de que o Direito não tolera antinomias. No direito romano pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: “Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu”<sup>56</sup>. Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não<sup>57</sup>, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que

<sup>56</sup> Ulpiano, **Digesto** 1.1.10.1: “*Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”. V. Paulo Nader, **Filosofia do Direito**, 2000, p. 82; e Jacob Dolinger, “*Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts*”, **Recueil des Cours**, v. 283, pp. 203 ss, Hague Academy of International Law.

<sup>57</sup> Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1999, p. 149: “Os grandes princípios de um sistema jurídico são normalmente enunciados em algum texto de direito positivo. Não obstante, (...) tem-se, aqui, como fora de dúvida que esses bens sociais supremos existem fora e acima da letra expressa das normas legais, e nelas não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e estão em permanente mutação”. Em decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão: “O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões”. **BVerGE** 34, 269, *apud* Jürgen Habermas, **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, v. 1, 1997, p. 303.

rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica<sup>58</sup>, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento.

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin<sup>59</sup>. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.

Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (“*all or nothing*”). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a

<sup>58</sup> A *axiologia* está no centro da filosofia e é também referida como teoria dos valores, por consistir, precisamente, na atribuição de valores às coisas da vida. V. Miguel Reale, **Filosofia do direito**, 2000, p. 37 ss.

<sup>59</sup> Ronald Dworkin, **Taking rights seriously**, 1997 (a primeira edição é de 1977).



criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*<sup>60</sup>.

Nesse contexto, impõe-se um breve aprofundamento da questão dos conflitos normativos. O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece

---

<sup>60</sup> O tema foi retomado, substancialmente sobre as mesmas premissas, pelo autor alemão Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 81 ss), cujas idéias centrais na matéria são resumidas a seguir. As regras veiculam *mandados de definição*, ao passo que os princípios são *mandados de otimização*. Por essas expressões se quer significar que as regras (*mandados de definição*) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação. Os princípios se comportam de maneira diversa. Como *mandados de otimização*, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.

sobre a inferior –, o *cronológico* – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da *especialização* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral<sup>61</sup>. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre os princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais<sup>62</sup>. Relembre-se: enquanto as normas são aplicadas na plenitude da sua força normativa – ou, então, são violadas –, os princípios são ponderados.

A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (v. *infra*) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo<sup>63</sup>. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada<sup>64</sup>.

<sup>61</sup>. Sobre antinomias e critérios para solucioná-las, v. Norberto Bobbio, **Teoria do ordenamento jurídico**, 1990, pp. 81 e ss.

<sup>62</sup>. Robert Alexy, “Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais”, mimeografado, palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, em 11.12.98, p. 10: “As colisões dos direitos fundamentais acima mencionados devem ser consideradas, segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios”.

<sup>63</sup>. Juarez de Freitas, “Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional”, **Ajuris** 76/397, resgata um bom exemplo: “Caso emblemático no Direito Comparado é o do prisioneiro que faz greve de fome. Após acesa polêmica, a solução encontrada foi a de fazer valer o direito à vida sobre a liberdade de expressão, contudo o soro somente foi aplicado quando o grevista caiu inconsciente, uma vez que, neste estado, não haveria sentido falar propriamente em liberdade de expressão”.

<sup>64</sup>. Sobre o tema, na doutrina alemã, Robert Alexy, “Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais”, mimeografado, palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, no Rio de Janeiro, em 11.12.98; Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, 1997, pp. 164 ss; Klaus Stern, **Derecho del Estado de la Republica Federal alemana**, 1987, p. 295. Na doutrina nacional, vejam-se Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1999, p. 192; e Ricardo Lobo Torres, “Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação”, 2001, mimeografado. E, ainda, as dissertações de mestrado de Daniel Sarmiento, “A ponderação de interesses na Consituição Federal”, 2000, e de Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa, “A sindicabilidade dos direitos prestacionais”,

Cabe assinalar, antes de encerrar a discussão acerca da distinção qualitativa entre regra e princípio, que ela nem sempre é singela. As dificuldades decorrem de fatores diversos, como as vicissitudes da técnica legislativa, a natureza das coisas e os limites da linguagem. Por vezes, uma regra conterá termo ou locução de conteúdo indeterminado, aberto ou flexível, como, por exemplo, ordem pública, justa indenização, relevante interesse coletivo, melhor interesse do menor<sup>65</sup>. Em hipóteses como essas, a regra desempenhará papel semelhante ao dos princípios, permitindo ao intérprete integrar com sua subjetividade o comando normativo e formular a decisão concreta que melhor irá reger a situação de fato apreciada. Em algumas situações, uma regra excepcionará a aplicação de um princípio. Em outras, um princípio poderá paralisar a incidência de uma regra. Enfim, há um conjunto amplo de possibilidades nessa matéria. Esta não é, todavia, a instância própria para desenvolvê-las.

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional<sup>66</sup>. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada<sup>67</sup>, solução que deve fundar-se em uma linha de argumen-

---

2001, mimeografado, onde averbou: “No mais das vezes, contudo, a aplicação da norma constitucional ou legal não pode ser efetuada de modo meramente subsuntivo, dada a existência de princípios colidentes com o preceito que se pretende materializar (...) À luz do conceito-chave da proporcionalidade, desenvolveu-se o método de ponderação pelo qual o magistrado, considerando-se a importância que os bens jurídicos cotejados têm em tese mas também as peculiaridades do caso concreto, poderá prover ao direito postulado, fundamentando-se na precedência condicionada deste sobre os princípios contrapostos” (p. 381).

<sup>65</sup> V. José Carlos Barbosa Moreira, “Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados”, in **Temas de direito processual**, Segunda Série, 1980, pp. 61 ss.

<sup>66</sup> Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1999, identifica o seguinte catálogo de princípios de interpretação especificamente constitucional: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis e dos atos emanados do Poder Público, interpretação conforme a Constituição, unidade da Constituição, razoabilidade e efetividade. Para uma sistematização sob perspectiva diversa, v. Juarez de Freitas, “Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional”, **Ajuris** 76/397.

<sup>67</sup> O método tópico aplicado ao problema funda-se em um modo de raciocínio voltado para o problema e não para a norma. A decisão a ser produzida deve basear-se no exame de um conjunto de elementos, de *topoi* (pontos de vista) relevantes para o caso – além da norma, os fatos, as consequências, os valores –, que dialeticamente ponderados, permitem a solução justa para a situação concreta examinada. O trabalho clássico no tema é de Theodor Viehweg, **Tópica e jurisprudência**, 1979 (1ª edição do original *Topik und Jurisprudenz* é de 1953).

tação apta a conquistar racionalmente os interlocutores<sup>68</sup>, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo<sup>69</sup>.

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A idéia de *abertura* se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real<sup>70</sup>. Por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa. Mas, naturalmente, existe um amplo espaço de consenso, onde têm lugar alguns dos protagonistas da discussão política, filosófica e jurídica do século que se encerrou: Estado de direito democrático, liberdade, igualdade, justiça.

Há dois outros princípios que despontaram no Brasil nos últimos anos: o da razoabilidade e o da dignidade da pessoa humana. O primeiro percorreu longa trajetória no direito anglo-saxão – notadamente nos Estados Uni-

---

<sup>68</sup>. A obra fundamental da denominada teoria da argumentação é do belga Chaim Perelman, em parceria com Lucie Olbrechts-Tyteca: **Tratado da Argumentação: a nova retórica**, 1996 (1ª edição do original **Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique**, 1958). Vejam-se, também, Antônio Carlos Cavalcanti Maia, “Notas sobre direito, argumentação e democracia”, in Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), **1988-1998: uma década de Constituição**, 1999; e Daniel Sarmento, **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, p. 89-90, onde averbou: “No campo das relações humanas, as discussões se dão em torno de argumentos, prevalecendo aquele que tiver maiores condições de convencer os interlocutores. Não há verdades apodíticas, mas escolhas razoáveis, que são aquelas que podem ser racionalmente justificadas, logrando a adesão do auditório”.

<sup>69</sup>. Peter Häberle, **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**, 1997 (1ª edição do original **Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation**, 1975), p. 13: “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.

<sup>70</sup>. V. Claus-Wilhelm Canaris, **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 1996, p. 281: “(O sistema jurídico) não é fechado, mas antes *aberto*. Isto vale tanto para o sistema de proposições doutrinárias ou ‘sistema científico’, como para o próprio sistema da ordem jurídica, o ‘sistema objetivo’. A propósito do primeiro, a abertura significa a incompletude do conhecimento científico, e a propósito do último, a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais”.

dos<sup>71</sup> – e chegou ao debate nacional amadurecido pela experiência alemã, que o vestiu com o figurino da argumentação romano-germânica e batizou-o de princípio da proporcionalidade<sup>72</sup>. O segundo – a dignidade da pessoa humana – ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permita ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.

O princípio da razoabilidade<sup>73</sup> é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha. O princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o

<sup>71</sup> Para uma breve análise da evolução histórica da razoabilidade no direito norte-americano, a partir da cláusula do devido processo legal, v. Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 1999, pp. 209 ss. V. também, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro Gouvêa, “O princípio da razoabilidade na jurisprudência contemporânea das cortes norte-americanas”, **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, vol. V, 2000.

<sup>72</sup> Guardada a circunstância de que suas origens reconduzem a sistemas diversos – ao americano em um caso e ao alemão em outro – razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Cabe a observação, contudo, de que a trajetória do princípio da razoabilidade fluiu mais ligada ao controle dos atos normativos, ao passo que o princípio da proporcionalidade surgiu ligado ao direito administrativo e ao controle dos atos dessa natureza. Vale dizer: em suas matrizes, razoabilidade era mecanismo de controle dos atos de criação do direito, ao passo que proporcionalidade era critério de aferição dos atos de concretização. Em linha de divergência com a equiparação aqui sustentada, v. Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, **Revista de Direito Administrativo**, 215/151, 1999.

<sup>73</sup> Sobre o tema, vejam-se alguns trabalhos monográficos produzidos nos últimos anos: Raquel Denize Stumm, “Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro”, 1995; Suzana Toledo de Barros, “O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”, 1996; Paulo Armínio Tavares Buechele, “O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição”, 1999. Também em língua portuguesa, com tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Heinrich Scholler, “O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha”, **Interesse Público**, 2/93, 1999.

único possível - ou mesmo aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se valido do princípio para invalidar discriminações infundadas, exigências absurdas e mesmo vantagens indevidas.

O princípio da dignidade da pessoa humana<sup>74</sup> identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo<sup>75</sup>. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar

---

<sup>74</sup> Alguns trabalhos monográficos recentes sobre o tema: José Afonso da Silva, "Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia", **Revista de Direito Administrativo**, 212/89; Carmen Lúcia Antunes Rocha, "O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social", **Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**, 1999; Ingo Wolfgang Sarlet, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**, 2001; Cleber Francisco Alves, **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**, 2001; Ana Paula de Barcellos, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2001. Em texto escrito no início da década de 90, quando algumas decisões do Supremo Tribunal Federal ameaçavam a efetividade e a força normativa da Constituição, manifestei ceticismo em relação à utilidade do princípio da dignidade da pessoa humana na concretização dos direitos fundamentais, devido à sua baixa densidade jurídica "Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo", **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1). Essa manifestação foi *datada* e representava uma reação à repetição de erros passados. A Carta de 1988, todavia, impôs-se como uma Constituição normativa, dando ao princípio, hoje, uma potencialidade que nele não se vislumbrava há dez anos.

<sup>75</sup> O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pelas Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, inicia-se com as seguintes constatações: "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem da liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum (...)".

é composto do *mínimo existencial*<sup>76</sup>, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos<sup>77</sup>.

Aos poucos se vai formando uma massa crítica de jurisprudência acerca do princípio, tendo como referência emblemática a decisão do Conselho de Estado francês, no curioso caso *Morsang-sur-Orge*<sup>78</sup>. No Brasil, o princípio tem sido fundamento de decisões importantes, superadoras do legalismo estrito, como a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao au-

<sup>76</sup> Sobre o tema, v. Ricardo Lobo Torres, “A cidadania multidimensional na era dos direitos”, in **Teoria dos direitos fundamentais** (org. Ricardo Lobo Torres), 1999. Veja-se, também, para uma interessante variação em torno dessa questão, Luiz Edson Fachin, **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**, 2001, Nota Prévia: “A presente tese defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores”.

<sup>77</sup> Ana Paula de Barcellos, em preciosa dissertação de mestrado – “A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana” –, assim consignou seu entendimento: “Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”.

<sup>78</sup> O Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou a atividade conhecida como *lancer de nain* (arremesso de anão), atração existente em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris. Consistia ela em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de uma discoteca. A casa noturna, tendo como litisconsorte o próprio deficiente físico, recorreu da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato do Prefeito, por *excès de pouvoir*. O Conselho de Estado, todavia, na sua qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão, assentando: “*Que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l’ordre public; que l’autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l’absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine*” (Que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, interditar uma atração atentatória à dignidade da pessoa humana). V. Long, Wil, Braibant, Devolvé e Genevois, **Le grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 1996, p. 790 ss. Veja-se, em língua portuguesa, o comentário à decisão elaborado por Joaquim B. Barbosa Gomes, “O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa”, in **Seleções Jurídicas ADV** n. 12, 1996, pp. 17 ss.

torizar o levantamento do FGTS por mãe de pessoa portadora do vírus da AIDS, para ajudá-la no tratamento da doença, independentemente do fato de esta hipótese estar ou não tipificada na lei como causa para o saque do fundo<sup>79</sup>. Em outro acórdão, de elevada inspiração, o Tribunal deferiu **habeas corpus** em caso de prisão civil em alienação fiduciária, após constatar, dentre outros fatores, que o aumento absurdo da dívida por força de juros altíssimos comprometia a sobrevivência digna do impetrante<sup>80</sup>. No Supremo Tribunal Federal, a preservação da dignidade da pessoa humana foi um dos fundamentos invocados para liberar réu em ação de investigação de paternidade da condução forçada para submeter-se a exame de DNA<sup>81</sup>. A demonstrar a dificuldade na definição do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, além dos votos vencidos proferidos neste caso, parte da doutrina sustentou que, ao contrário da tese central do acórdão, a preservação da dignidade da pessoa humana estava em assegurar o direito do autor

---

<sup>79</sup>. STJ, REsp. 249026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU 26.06.2000, p. 138: “FGTS. LEVANTAMENTO, TRATAMENTO DE FAMILIAR PORTADOR DO VÍRUS HIV. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, ainda que tal moléstia não se encontre elencada no art. 20, XI, da Lei 8036/90, pois não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante o preceito maior insculpido na Constituição Federal garantidor do direito à saúde, à vida e a dignidade humana e, levando-se em conta o caráter social do Fundo, que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidades básicas e de seus familiares”.

<sup>80</sup>. STJ, HC 12.547-DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 12.02.2001, onde se consignou: “A decisão judicial que atende a contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia e ordena a prisão de devedora por dívida que se elevou, após alguns meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, dá validade a uma relação negocial sem nenhuma equivalência, priva por quatro meses o devedor de seu maior valor, que é a liberdade, consagra o abuso de uma exigência que submete uma das partes a perder o resto provável de vida que não seja o de cumprir com a exigência do credor. Houve ali ofensa ao princípio da dignidade da pessoa, que pode ser aplicado diretamente para o reconhecimento da invalidade do decreto de prisão”.

<sup>81</sup>. STF, RTJ 165/902, HC 71.373-RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.94: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”. Ficaram vencidos os Ministros Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.



da ação de ter confirmada a sua filiação, como elemento integrante da sua identidade pessoal<sup>82</sup>.

Encerra-se esse tópico com uma síntese das principais idéias nele expostas. O pós-positivismo é uma superação do legalismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. Estes valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete. Em um ordenamento jurídico pluralista e dialético, princípios podem entrar em rota de colisão. Em tais situações, o intérprete, à luz dos elementos do caso concreto, da proporcionalidade e da preservação do núcleo fundamental de cada princípio e dos direitos fundamentais, procede a uma ponderação de interesses. Sua decisão deverá levar em conta a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. Além dos princípios tradicionais como Estado de direito democrático, igualdade e liberdade, a quadra atual vive a consolidação do princípio da razoabilidade e o desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

## **CAPÍTULO FINAL - CONCLUSÃO**

**I. A Ascensão Científica e Política do Direito Constitucional no Brasil.** O direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso. Do ponto de vista de sua elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigma deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetividade de suas normas<sup>83</sup>; e b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional<sup>84</sup>. Passou a ser premissa do estudo da Cons-

---

<sup>82</sup>. Vejam-se, em linha crítica da decisão, Maria Celina Bodin de Moraes, “Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade”, **Revista dos Tribunais**/85; e Maria Christina de Almeida, **Investigação de paternidade e DNA**, 2001.

<sup>83</sup>. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 5ª ed., 2001.

<sup>84</sup>. Para um levantamento da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, v. Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 4ª ed., 2001.

tuição o reconhecimento de sua força normativa<sup>85</sup>, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos. De outra parte, embora se insira no âmbito da interpretação jurídica, a especificidade das normas constitucionais, com seu conteúdo próprio, sua abertura e superioridade jurídica, exigiram o desenvolvimento de novos métodos hermenêuticos e de princípios específicos de interpretação constitucional.

Essas transformações redefiniram a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. De fato, nas últimas décadas, o Código Civil foi perdendo sua posição de preeminência, mesmo no âmbito das relações privadas, onde se formaram diversos microssistemas (consumidor, criança e adolescente, locações, direito de família). Progressivamente, foi se consumando no Brasil um fenômeno anteriormente verificado na Alemanha, após a Segunda Guerra: a passagem da Lei Fundamental para o centro do sistema. À supremacia até então meramente formal, agregou-se uma valia material e axiológica à Constituição, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios<sup>86</sup>.

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional<sup>87</sup>.

<sup>85</sup>. V. Konrad Hesse, “*La fuerza normativa de la Constitución*”, in **Escritos de derecho constitucional**, 1983 e Eduardo García de Enterría, **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, 1985.

<sup>86</sup>. V. Pietro Perlingieri, **Perfis do direito civil**, 1997, p. 6: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Vejam-se, também: Maria Celina B. M. Tepedino, “A caminho de um direito civil constitucional”, **Revista de Direito Civil**, 65/21 e Gustavo Tepedino, “O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa”, in Gustavo Tepedino (org.), **Problemas de direito civil-constitucional**, 2001.

<sup>87</sup>. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, **Fundamentos da Constituição**, 1991, p. 45: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”. V. também, Paulo Ricardo Schier, **Filtragem constitucional**, 1999.

A ascensão científica e política do direito constitucional brasileiro é contemporânea da reconstitucionalização do país com a Carta de 1988, em uma intensa relação de causa e efeito. A Assembleia Constituinte foi cenário de ampla participação da sociedade civil, que permanecera alijada do processo político por mais de duas décadas. O produto final de seu trabalho foi heterogêneo. De um lado, avanços como a inclusão de uma generosa carta de direitos, a recuperação das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Judiciário, a redefinição da Federação. De outro, no entanto, o texto casuístico, prolixo, corporativo, incapaz de superar a perene superposição entre o espaço público e o espaço privado no país. A Constituição de 1988 não é a Carta da nossa maturidade institucional, mas das nossas circunstâncias. Não se deve, contudo, subestimar o papel que tem desempenhado na restauração democrática brasileira. Sob sua vigência vem se desenrolando o mais longo período de estabilidade institucional da história do país, com a absorção de graves crises políticas dentro do quadro da legalidade constitucional. É nossa primeira Constituição verdadeiramente normativa e, a despeito da compulsão reformadora que abala a integridade de seu texto, vem consolidando um inédito sentimento constitucional<sup>88</sup>.

O constitucionalismo, por si só, não é capaz de derrotar algumas das vicissitudes que têm adiado a plena democratização da sociedade brasileira. (O Direito tem seus limites e possibilidades, não sendo o único e nem sequer o melhor instrumento de ação social). Tais desvios envolvem, em primeiro lugar, a *ideologia da desigualdade*. *Desigualdade econômica*, que se materializa no abismo entre os que têm e os que não têm, com a consequente dificuldade de se estabelecer um projeto comum de sociedade. *Desigualdade política*, que faz com que importantes opções de políticas públicas atendam prioritariamente aos setores que detêm força eleitoral e parlamentar, mesmo quando já sejam os mais favorecidos. *Desigualdade filosófica*: o vício nacional de buscar o privilégio em vez do direito, aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup>. V. Luís Roberto Barroso, “Doze anos da Constituição brasileira de 1988”, in **Temas de Direito Constitucional**, 2001. Para um denso estudo acerca da expansão da jurisdição constitucional no Brasil, veja-se Gustavo Binimbojm, **A nova jurisdição constitucional brasileira**, 2001.

<sup>89</sup>. Sobre o tema, v. o ensaio de Umberto Eco, “Quando o outro entra em cena, nasce a ética”, in Umberto Eco e Carlo Maria Martini, **Em que crêem os que não crêem?**, 2001, p. 83: “A dimensão ética começa quando entra em cena o outro. Toda lei, moral ou jurídica, regula relações interpessoais, inclusive aquelas com um Outro que a impõe”.

Em segundo lugar, enfraquece e adia o projeto da democratização mais profunda da sociedade brasileira a *corrupção* disseminada e institucionalizada. Nem sempre a do dinheiro, mas também a do favor político e a da amizade. No *sistema eleitoral*, a maldição dos financiamentos eleitorais e as relações promíscuas que engendram. No *sistema orçamentário*, o estigma insuperado do fisiologismo e das negociações de balcão nas votações no âmbito do Congresso. No *sistema tributário*, a cultura da sonegação, estimulada pela voracidade fiscal e por esquemas quase formais de extorsão e composição. No *sistema de segurança pública*, profissionais mal pagos, mal treinados, vizinhos de porta daqueles a quem deviam policiar, envolvem-se endemicamente com a criminalidade e a venda de proteção. A exemplificação é extensa e desanimadora.

A superação dos ciclos do atraso e o amadurecimento dos povos inserem-se em um processo de longo prazo, que exige engajamento e ideal. O novo direito constitucional brasileiro tem sido um aliado valioso e eficaz na busca desses desideratos. Mas o aprofundamento democrático impõe, também, o resgate de valores éticos, o exercício da cidadania e um projeto de país inclusivo de toda a gente. Um bom programa para o próximo milênio.

**II. Síntese das Idéias Desenvolvidas.** Ao final desta exposição, que procurou reconstituir alguns dos antecedentes teóricos e filosóficos do direito constitucional brasileiro, é possível compendiar de forma sumária as idéias expostas, nas proposições seguintes:

1. O constitucionalismo foi o projeto político vitorioso ao final do milênio. A proposta do minimalismo constitucional, que procura destituir a Lei Maior de sua dimensão política e axiológica, para reservar-lhe um papel puramente procedimental, não é compatível com as conquistas do processo civilizatório. O ideal democrático realiza-se não apenas pelo princípio majoritário, mas também pelo compromisso na efetivação dos direitos fundamentais.

2. A dogmática jurídica tradicional desenvolveu-se sob o mito da objetividade do Direito e o da neutralidade do intérprete. Coube à teoria crítica desfazer muitas das ilusões positivistas do Direito, enfatizando seu caráter ideológico e o papel que desempenha como instrumento de dominação econômica e social, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e justa. Sua contribuição renovou a percepção do conhecimento jurídico con-

vencional, sem, todavia, substituí-lo por outro. Passada a fase da desconstrução, a perspectiva crítica veio associar-se à boa doutrina para dar ao Direito uma dimensão transformadora e emancipatória, mas sem desprezo às potencialidades da legalidade democrática.

3. O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.

4. O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de *filtragem constitucional* de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.

5. O direito constitucional, como o direito em geral, tem possibilidades e limites. A correção de vicissitudes crônicas da vida nacional, como a ideologia da desigualdade e a corrupção institucional, depende antes da superação histórica e política dos ciclos do atraso, do que de normas jurídicas. O aprofundamento democrático no Brasil está subordinado ao resgate de valores éticos, ao exercício da cidadania e a um projeto generoso e inclusivo de país. ◆